

**Universidade Federal Fluminense**  
**Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa**

**Direito e Política Sanitária:  
a busca por consensos procedimentais**

**Maria Izabel Gomes Sant'Anna**

**Niterói  
2016**

**Maria Izabel Gomes Sant'Anna**

**Direito e Política Sanitária:  
a busca por consensos procedimentais**

Dissertação apresentada como exigência para obtenção do grau de Mestrado em Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense.

Orientador: Alúcio Gomes da Silva Junior

**Niterói  
2016**

## RESUMO

O presente estudo busca analisar a interação entre os subsistemas autopoieticos jurídico e político sanitário através da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, da Teoria do Agir Comunicativo desenvolvida por Habermas e da leitura realizada por Marcelo Neves sobre as duas teorias mencionadas. A leitura de Marcelo Neves guiará os capítulos seguintes do trabalho, que proporá a aceitação dos dissensos conteudísticos entre os subsistemas jurídico e político sanitário. No entanto, este dissenso no conteúdo passaria a ser operado por um consenso em torno de procedimentos democráticos. Assim foi necessário traçar nos capítulos iniciais um panorama do direito à saúde no Brasil e sua posição no ordenamento jurídico nacional. O desafio na concretização do direito à saúde foi objeto de capítulo próprio, que se encerra propondo uma solução conciliatória no seio da Administração Pública. Para tanto, são abordadas a (i) legitimidade e a independência dos Conselhos de Saúde; e a (ii) necessidade de fortalecimento das autoridades administrativas independentes como meio de se alcançar um consenso procedimental democrático que permita a interação entre os dissensos nos subsistemas jurídico e político sanitário. Mas o presente estudo não se limita à análise de consensos procedimentais na esfera administrativa. Busca-se importar este consenso procedimental para o Poder Judiciário. Assim, foram estudadas as razões que provocam a transferência para as mãos do Judiciário do poder de resolução dos conflitos que envolvem saúde coletiva. No momento seguinte, foram traçados os vícios do protagonismo do Poder Judiciário no delineamento de políticas públicas em saúde. A busca pelo consenso procedimental no seio do Poder Judiciário se deu através da realização das audiências públicas que promoveram a construção de esferas públicas no Judiciário. Após a breve abordagem de seis audiências públicas que tangenciaram o tema saúde pública, foi realizada análise mais detalhada da Audiência Pública nº 4 sob dois aspectos: 1) análise dos debates e a consolidação de dissensos conteudísticos; 2) análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 e a consolidação de consensos procedimentais. Por fim, foram estudados possíveis óbices à participação plural e efetiva da sociedade civil nos debates promovidos nas audiências públicas.

**Palavras-chave:** subsistemas, Direito, Política Sanitária, consensos procedimentais, dissensos conteudísticos, Conselhos de Saúde, autoridades administrativas independentes, audiências públicas.

## ABSTRACT

This study seeks to analyze the interaction between legal autopoietic subsystems and health policy through the Theory of Social Systems developed by Luhmann, the Communicative Action Theory developed by Habermas and reading performed by Marcelo Neves on the two theories mentioned. Reading Marcelo Neves will guide the following chapters of the work, which will propose the acceptance of disagreement on the content between legal subsystems and health policy. However, this disagreement on the content would be operated by a consensus on democratic procedures. So it was necessary to draw in the opening chapters an overview of the right to health in Brazil and its position in national law. The challenge in realizing the right to health was own chapter object, which ends proposing a compromise within the Public Administration. Therefore, they are addressed to (i) legitimacy and independence of the Health Councils; and (ii) the need to strengthen the independent administrative authorities as a means to achieve a democratic procedural consensus to the interaction between subsystems dissents in legal and political health. But this study is not limited to the analysis of procedural consensus at the administrative level. Seeks to import this procedural consensus for the Judiciary. Thus, the reasons that cause the transfer to the hands of the judiciary of the resolving power of conflicts involving public health were studied. The next moment, were drawn to the judiciary role of defects in the design of public health policies. The search for procedural consensus within the judiciary was through the holding of public hearings that promoted the construction of public spheres in the judiciary. After a brief overview of six public hearings addressed the theme public health, more detailed analysis was performed of the Public Hearing No. 4 in two respects: 1) analysis of the debates and the consolidation of dissents contedústicos; 2) analysis of the votes of the Federal Supreme Court on suspension of Injunctive Relief # 175 and the consolidation of procedural consensus. Finally, possible obstacles were studied in the plural and effective participation of civil society in the debates at the public hearings.

**Keywords:** subsystems , Law, Health Policy , procedural consensus , contedústicos dissents , Health Councils, independent administrative authorities , public hearings.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	6
2 OS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS DO DIREITO POSITIVO E DA Política Sanitária E A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO .....	10
2.1 Os sistemas autopoieticos do Direito Positivo e da Política Sanitária.....	10
2.2 A teoria do agir comunicativo .....	15
2.3 Uma proposta de reconstrução .....	17
3. PANORAMA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL .....	22
4. O DESAFIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO UNIVERSAL DE SAÚDE E OS CANAIS PARA CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS PROCEDIMENTAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	27
4.1 O desafio na prestação dos serviços públicos de saúde .....	27
4.2 A legitimidade e a independência dos Conselhos de Saúde .....	32
4.3 As autoridades administrativas independentes .....	38
5. O JUDICIÁRIO E A BUSCA POR UM CONSENSO PROCEDIMENTAL .....	53
5.1 Saúde no Judiciário: razões .....	53
5.2 A (falta de) expertise e (de) legitimidade do Poder Judiciário e a (in)adequação da tutela judicial subjetiva e objetiva .....	57
5.2.1 A (falta de) expertise do Poder Judiciário .....	57
5.2.2 A (falta de) legitimidade do Poder Judiciário.....	60
5.2.3 A (in)adequação da tutela judicial subjetiva e objetiva .....	62
5.3 A promoção de esferas públicas pelo Judiciário .....	63
5.3.1 A ampliação da participação social no debate por meio das audiências públicas.....	63
5.3.1.1 Audiência Pública – pesquisas com células tronco embrionárias.....	67
5.3.1.2 Audiência Pública – interrupção da gravidez de feto anencefálico .....	68
5.3.1.3 Audiência Pública – uso do amianto .....	69
5.3.1.4 Audiência Pública – campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia.....	71
5.3.1.5 Audiência Pública – Programa Mais Médicos .....	72
5.3.1.6 Audiência Pública – Diferença de Classe no SUS.....	74
5.3.2 Audiência pública paradigma: Audiência Pública nº 4 .....	76
5.3.2.1. Audiência Pública nº 4 – Análise dos Debates e a Consolidação de Dissensos Conteudísticos.....	76
5.3.2.2. Audiência Pública nº 4 – Análise dos Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 e a Consolidação de Consensos Procedimentais .....	83
5.3.3. Possíveis óbices à participação plural .....	91
6 CONCLUSÃO .....	96

REFERÊNCIAS .....	102
-------------------	-----

## 1 INTRODUÇÃO

No ano de 2014 tramitaram no Poder Judiciário brasileiro o total de 392.921 ações que tratavam de pedidos de tutela de saúde. Deste total, 15,86% das demandas estavam sendo processadas na Justiça Federal e 84,14% na Justiça Estadual. Em 2011 o total de demandas era de 240.980, o que representa um incremento da judicialização da ordem de 63% em apenas três anos.

Os Estados que registram o maior número de demandas envolvendo tutela de saúde estão localizados nas regiões sul e sudeste, que apresentam os maiores índices de renda per capita. Tal fato demonstra a falta de acesso à Justiça nas regiões menos abastadas do território brasileiro, o que impede a própria defesa do direito à saúde perante o Judiciário.

A exposição do número de demandas envolvendo políticas públicas no Poder Judiciário serve para demonstrar a interseção entre os subsistemas jurídico e político sanitário.

O presente estudo busca justamente entender a relação entre estes subsistemas através da análise da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, da Teoria do Agir Comunicativo de Jungen Habermas e da leitura realizada por Marcelo Neves sobre a relação entre as duas teorias mencionadas.

O trabalho se desenvolve sob a premissa de que os subsistemas jurídico e político sanitário são autopoieticos, o que torna inviável a construção de consensos em torno do seu conteúdo. Mas a possibilidade de consensos construídos por uma esfera pública, conforme a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, não é de todo abandonada. Na verdade, NEVES (2006) entende que o consenso será uma exigência sistêmico-funcional da sociedade moderna supercomplexa. Contudo, este consenso é restrito aos procedimentos democráticos, dos quais são exemplos o procedimento eleitoral, o procedimento legislativo-parlamentar, o procedimento jurisdicional e o procedimento político administrativo.

O desenvolvimento do tema exige que se trace um panorama do direito à saúde no Brasil. Este direito nasceu no país a partir dos movimentos sanitaristas da década de 1970. Desde então foi incorporado na novel Constituição sob a forma de direito universal, guiado pelas diretrizes da integralidade, descentralização e participação social.

Ocorre que a abrangência do direito à saúde representa um desafio ao gestor da mesma magnitude. As expectativas em torno da concretização do direito à saúde eram muito altas na promulgação da Constituição de 1988 e, por consequência, a não efetivação plena do direito gerou grande frustração na população.

Através de recentes estudos realizados pelo Conselho Federal de Medicina foi possível demonstrar que, de modo geral, o Sistema Único de Saúde não recebe muitos elogios de seus usuários. A falta de oferta de serviços de saúde gera filas que equivalem a verdadeiras sentenças de morte. Este quadro se deve em grande parte pelo crônico subfinanciamento da saúde pública, agravado, e muito, em períodos de crise, como o ora vivenciado.

O aumento das dotações orçamentárias em um ambiente de orçamento deficitário, no entanto, não é a única solução para esta aposta constitucional perdida. Com base em CASSESSE (2010) e PERLINGEIRO (2014) são propostas duas saídas para o impasse: a) uma nova forma de Estado, aberta para soluções conciliatórias e com participação social; b) fortalecimento de autoridades administrativas independentes.

Ambas as propostas, de certo modo, buscam concretizar um consenso através de procedimentos democráticos, respeitados os dissensos contitudísticos dos subsistemas jurídico e político sanitário.

A primeira proposta não é novidade no nosso ordenamento jurídico e é representada no presente estudo pelos Conselhos de Saúde, que foram criados pelos mesmos movimentos sanitaristas que introduziram o Sistema Único de Saúde na Constituição de 1988. Tanto o direito à saúde em si quanto os Conselhos de Saúde sofreram uma amarga desilusão pós democrática em seu funcionamento. No entanto, o fortalecimento da legitimidade e da independência dos Conselhos de Saúde não saiu da agenda daqueles que ainda sonham com um Sistema Único de Saúde mais representativo.

A segunda proposta apresentada é o fortalecimento do modelo de autoridades administrativas independentes. O trabalho demonstra a evolução deste modelo no mundo e conclui que a busca pelo consenso através de procedimentos democráticos somente é possível se a autoridade administrativa que possuir o poder de decisão apresentar independência em relação à lógica eleitoral e à influência de camadas privilegiadas da sociedade.

Mas nem todos os procedimentos democráticos se desenvolvem no seio da



Administração Pública. O Poder Judiciário também pode ser palco de procedimentos democráticos aptos a lidar com o permanente dissenso conteudístico entre os subsistemas jurídico e político sanitário.

Já foi demonstrado o assustador volume de demandas que invadem o Poder Judiciário todos os anos e que envolvem políticas sanitárias. No presente trabalho, as razões para esta realidade foram abordadas em tópico próprio.

As limitações institucionais do Poder Judiciário, que classicamente não possui a chave do cofre e nem o poder das armas (HAMILTON; JAY; MADISON, 2003, p.458) são evidentes. Sobre o tema, a doutrina critica a atuação excessiva do Poder Judiciário no controle de políticas públicas em razão: (i) da falta de *expertise* dos membros do Judiciário; (ii) da falta de legitimidade dos juízes, que não se submetem ao crivo eleitoral; (iii) da inadequação da tutela judicial subjetiva e objetiva.

A resposta apresentada pelo Poder Judiciário a estas críticas veio através da promoção de esferas públicas no bojo dos processos judiciais. Assim, a partir dos anos 2000 foi observada a intensificação da participação popular no debate jurídico através da realização de audiências públicas.

As audiências públicas são vistas como um mecanismo apto a neutralizar as críticas quanto à falta de *expertise* dos órgãos jurisdicionais, quanto à ilegitimidade do Poder Judiciário e quanto à inadequação do processo judicial para discussão de temas envolvendo políticas sanitárias.

No mais, as audiências serviriam de base para a apresentação de debates em torno dos dissensos conteudísticos que se desenvolveriam sob a coordenação de procedimentos democráticos.

Nesta toada, foi traçado um breve histórico a respeito das audiências públicas que já se realizaram e que envolveram debates sobre políticas sanitárias, com destaque para a Audiência Pública nº 4.

A análise da Audiência Pública nº 4, que contou com a participação de cinquenta profissionais durante seis dias, destacou a existência de quatro dissensos que foram abordados ao longo dos debates: 1) inafastabilidade do Poder Judiciário vs. violação do princípio da separação de poderes; 2) conteúdo da diretriz da integralidade: fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS e/ou não registrados na ANVISA; 3) a perspectiva individual do cidadão na busca pelo atendimento integral vs. a perspectiva coletiva da sociedade em busca do atendimento universal; 4) responsabilidade solidária na prestação do serviço de saúde vs. responsabilidade

individual na prestação do serviço de saúde.

Após, em análise ao julgamento do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, que se sucedeu à realização da audiência pública, foram traçados os consensos procedimentais apresentados pelo Poder Judiciário e que promoveram a convivência mais harmoniosa entre os subsistemas jurídico e político sanitário.

Por fim, foi demonstrado que a realização da audiência pública por si só não implica automático respeito aos princípios democráticos. Existem óbices à participação plural que não podem ser neutralizados meramente com a formalização de uma audiência.

Logo, impedimentos formais, como a exigência de trajes formais e a limitação à participação dos ouvintes, ou impedimentos estruturais, como a discricionariedade dos ministros para decidir sobre a convocação das audiências, sobre a utilização ou não dos argumentos expostos e sobre os critérios para convocação dos participantes, dentre outros, podem transformar as audiências públicas em mero *formalismo artificioso de bacharéis*<sup>1</sup>.

Assim, alternando dissenso contetudístico e consenso procedimental, o trabalho se desenvolveu buscando transportar um substrato filosófico para conflitos reais.

---

<sup>1</sup> Expressão cunhada por Miguel Seabra Fagundes em discurso que ganhou repercussão durante a Ditadura Militar proferido na ocasião de sua eleição para presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros: "A ordem jurídica não é um formalismo artificioso de bacharéis. Dizem-na assim aqueles a quem ela incomoda, porque é o poder pessoal, arbitrário e primitivo, comandado pela vontade e pelos interesses pessoais, ou de castas, opõe-lhe o poder determinado por normas impessoais elaboradas no interesse de todos e para a todos garantir contra a injustiça, o abuso e a opressão. Assim parece ela para aqueles cujos passos de arbítrio embaraçam, mas não para os que, à sua sombra, se protegem contra as demasias de quem detém o poder, seja o poder político, seja o econômico, seja o da demagogia, que é o poder dos que não detém mando, nem riqueza. A ordem jurídica não é um formalismo artificioso de bacharéis. É, antes de tudo, o império da Constituição, na sua inteireza estrutural e na plenitude de sua dinâmica. A ordem jurídica não é um formalismo artificioso de bacharéis. É o império de todas as leis que completam o arcabouço normativo do Estado. É o império da lei como norma impessoal, limitativa do poder dos governantes e da liberdade dos governados, como norma que disciplina o convívio de todos. Instrumento primário de paz no dia-a-dia da vida coletiva, indispensável para que todos se sintam em segurança e para que se possa construir pelo trabalho tranquilo a prosperidade geral. A ordem jurídica não é um formalismo artificioso de bacharéis. Ela significa paz, segurança e bem estar para todos".